

## Literatura.

Miroslav Boháček: *Actio negatoria* (k dějinám zápůrčí žaloby). V Praze 1938. Nákladem České Akademie věd a umění. Str. 176.

Rok před vydáním své knihy publikoval prof. Boháček výsledky svého badání, vztahující se k zápůrčí žalobě v oboru ususfructu, jazykem italským v *Bulletino dell' Istituto di diritto romano* sv. 44 (1937) str. 19—90 pod názvem *L' actio negativa nell' ambiente dell' usufrutto*. Nyní právě vychází v téměř *Bulletinu* sv. 46 (1939) str. 142—193 další jeho práce *Nuovi studi sulle actiones negativae*. Prvá práce odpovídá úplně druhé kapitole přítomné knihy. Nejnovější studie přináší ve výtahu podstatné výsledky kapitoly třetí a čtvrté.

Prvá kapitola české knihy (strana 1—13) je nadepsána *Zápůrčí žaloba* moderní civilistiky a její historický základ. Podkladem žaloby zápůrčí je právo vlastnické a účelem jejím jest čeliti jakémukoliv zásahu do práva vlastnického, projevujícímu se jinak než zadržováním věci. V této podobě objevuje se žaloba zápůrčí i v návrhu reformovaného občanského zákona našeho, kdežto dosud platný občanský zákon pojal, ve shodě s obecnoprávní naukou z doby kodifikace, opírající se o D. 3, 5, 2, pr., žalobu zápůrčí jako žalobu vlastníkovu proti tomu, kdo si k jeho věci připsuje služebnost (§ 523 obč. zák.), takže funkce žaloby jest omezenější a systematické zařazení žaloby připomíná pojetí starší nauky obecnoprávní, jež základ žaloby té spatřovala v „*libertas naturalis praedii*“. Interpretace dospěla ovšem i pro občanský zákon k pojetí žaloby zápůrčí jako vlastníkovu prostředku proti tomu, kdo ruší vlastnictví jinak, než zadržováním věci, bez zřetele k tomu, zda si současně k věci nějakou služebnost připsuje, čili nic. Stalo se tak pod vlivem novější teorie práva pandektního, jež se nedala másti teoretickou konstrukcí práva justiniánského. Otázka je, odpovídá-li tato justiniánská konstrukce veskrz samotným justiniánským pramenům, a dále, jaký je poměr justiniánských pramenů k právu klasickému, čímž se obor zkoumání autorova nutně rozšiřuje na všechny *actiones negativae* klasického práva, jež, jak se zdá, terminu *actio negatoria* vůbec neznalo.

V této šíři stal se problém autorův právě v posledních letech aktuálním tím, že na jedné straně Lenel v posledním vydání své rekonstrukce Hadriánova Ediktu upustil od své dosavadní thése, že *actio* s intencí „*ius non esse*“ byla na místě jen proti odpůrci, osobujícímu si civilní *ius*, na druhé Biondi vyslovil názor, že *actio negativa* slouží jednak vlastníkovu proti tomu, kdo si osobuje služebnost, jednak poživateli nebo vlastníku pozemku panujícího proti třetím rušitelům, vyjímajíc vlastníka věci obtížené, proti němuž výlučně přísluší *vindicatio ususfructus resp. servitutis*.

Hledíc k textu Gaiových *Institucí* 4, 3 v souvislosti s *Just. Inst.* 4, 6, 2, rozděluje autor svoje zkoumání na dva základní oddíly, první o *actio negativa*, upírající odpůrci právo *uti frui*, druhý o *actiones negativae*, uprajících odpůrci oprávnění provozovati jinou činnost nebo udržovati určitý stav na pozemku.

Kapitola druhá, nadepsaná *Actio negativa* při *ususfructu*, v prvném oddílu (str. 14—34), pojednává nejprve o *vlastníkově actio negativa*. Pramenný materiál o žalobě s intencí „*ius non esse adversario utendi fruedi*“ je velmi skrovný. Jde v podstatě jen o 5 fragmentů. Rozborem nejdůležitějšího a také nejvydatnějšího z nich, D. 20, 1, 11, 2, ukazuje autor proti Biondimu, který by v tomto textu byl rád viděl doloženu negativní žalobu *usufruktuaře* proti *zástavnímu věřiteli*, že na otázku, mželi *ususfructus* být dán do *zástavy*, *klasický právník* odpověděl poukazem na věcnou účinnost smlouvy *zástavní*. *Zástavnímu právu* musí proto ustoupiti i *civilní vlastník*. Kdežto však *vlastník* proti *usufruktuaři* samotnému mohl vystoupiti jen *vindikací*, proti *třetímu*, jenž *fakticky* vykonává obsah *ususfructu*, *příslušejícího jinému*, vystupuje *negativní formulí* „*non esse ei ius uti frui invito se*“, t. j. *upírá mu právo ususfructu*, jež tu *přísluší někomu jinému*. Proto také *nemusí dokazovati své vlastnictví* (dosud se obecně tvrdil v literatuře opak); to si autor ověřuje *duchaplným rozboem* D. 7, 6, 5, pr., v němž slovo „*fructuarius*“ nahradilo v *justiniánském znění* *původní označení osoby*, *neprávem vykonávající cizí ususfructus*. Důsledně *nemžže tu žalující vlastník* na osobě *neprávem ususfructus vykonávající* žádati plody (ani procesní), pokud *ususfructus jinému zřízený* trvá a *žalobce* tedy *prostřednictvím právého usufruktuaře* věc drží. To *nalézá autor* potvrzeno v D. 7, 6, 5, 6, *dovolávajícím se k tomu analogie s vindicatio ususfructus*.

*Passivně legitimován* proti *vlastníkově negativní žalobě* je tedy každý, jehož *působení na věc* se *jeví na venek jako faktické uti frui*, takže v *procesu formulovém actio negativa*, *týkající se ususfructu*, *není sporem o existenci práva požívacího (ius)*, nýbrž *petitorním prostředkem obrany vlastníkovi* proti osobě *fakticky věci požívající*, aniž si tato osoba *musila připisovati* na věci *nějaké ius* ve smyslu *práva civilního*. Proti *požívateli samotnému* by *vlastník*, pokud by *neomohl žalovati z kauce*, mohl *použítí jedině žaloby vlastnické*, a to *již za trvání ususfructu*.

To jsou ve srovnání s *dosavadní naukou* nové výsledky *autorovy*, *opřené zejména také* *bystrým rozboem procesních situací*, jež by se podle *tvrzení stran* mohly v *klasickém procesu* naskytnouti.

Druhý oddíl této kapitoly (str. 35—64) *jedná o právních prostředcích usufruktuařových*. Jde tu *především o vindicatio ususfructus*. *Nepochybně přísluší* tato žaloba *proti vlastníkovi*. *Problémem* je její *přípustnost* proti osobám *třetím*. Biondi ji *vylučuje* a *mezeru* tak vzniklou *vplňuje právě svou actio negativa*. *Problém* ten *existoval* *patrně již* v době *klasické*, neboť v D. 7, 6, 5, 1 *praví Ulpian*: *Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur*. *Autor* *velmi složitým postupem* se snaží *prokázati*, že *vindicatio ususfructus* *šla i* proti *třetím osobám*. *Autorovu postupu* nelze při tom *upřítí důsledně domýšlení* *textů*, kterých se *dovolává*, *jichž chudost* však i *jej nutí k hypothesám*. *Není* tedy *vinou autorovou*, nýbrž je *způsobeno* *materiálem pramenným*, *nelze-li* *všem textům* *přiznati* *stejnou průkaznost*, *již jim* *příkládá autor*. *Tak problém*, *řešený* v D. 7, 6, 6 a v D. 7, 6, 5, 5 (*passivní legitimace* toho, *qui liti se obtulit*), *mžže se rozvinouti* i *za předpokladu*, že *passivně legitimován* *byl* *ve skutečnosti* *jen držící vlastník*. V D. 7, 2, 10 *pak slova* „*a possessore consequitur*“ *nejsou průkazná*, neboť *nic* *nepraví* o *způsobu*, *jakým legatár* od *držitele* *věci usufructu* *dosáhne*. *Co se* *tkne úpravy* *následků indefense*, *tedy interdictum quem usumfructum*, *jdoucí na restituci* *ususfructu*, *neprokazuje* *nezbytně* *přípustnost* *vindikace* *ususfructu*

tu proti třetím osobám; vždyť i při *interdictum quem fundum*, jdoucím nepochybně proti třetímu, se může vyskytnout situace, v níž původně vlastník postuloval *actionem negativam*, jak autor sám uvádí (str. 24 n.). D. 7, 1, 60, 1, pak spíše ukazuje k *passivní legitimaci* vlastníka, neboť v případě, že je vlastnictví žalovaného ve sporu, není *translatio „possessionis“* definitivní, dokud se otázka vlastnictví nerozhodne.

V dalším probírá pak autor prostředky, jimiž usufuktuár, který se už jednou ujal výkonu svého práva, se mohl chrániti proti totálnímu a částečnému rušení, zejména proti rušení omezováním usufuktuáře ve výkonu práv, s věcí spojených.

Kapitola třetí, nadepsaná „*Actiones negativae při služebnostech*“, probírá případy negativních žalob, popírajících příslušnost jiného práva než poživacího, ve třech skupinách.

1. Str. 67—111, případy, kdy výkon popíraného práva děje se na pozemku žalovaného, aniž tím bylo zasahováno do vlastnické sféry žalobcovy. Jde tu o vindikaci negativní služebnosti, zejména o upření práva, stavěti na vlastním pozemku. V té souvislosti obírá se autor nejprve otázkou omezení výšky staveb v Římě, jež v klasickém právu se může podávat jen z existence služebnosti. Omezení výše staveb, zavedená z důvodů veřejných, do soukromoprávní konstrukce nijak nezasahovala a nebyla také chráněna žádnou soukromoprávní žalobou. Služebnost, omezující výši stavby, nemusí býti nezbytně služebností *civilní*, nýbrž, jak autor prokazuje pronikavým rozbohem D. 8, 2, 31, i jen služebností, platnou podle práva *praetorského*. Spisovatel probírá pak obsah jednotlivých služebností, přicházejících tu v úvahu, a prokazuje, že aktivně legitimovaným byl tu jedině vlastník panujícího pozemku, takže žalobce musí prokázati jak svoje vlastnictví, tak existenci služebnosti. Jde tu tedy o vindikaci služebnosti. *Passivně* legitimován jest autorovi každý držitel služebného pozemku, ať je vlastníkem čili nic, což prý vyplývá z úpravy následků *indefense*, podle níž tu může dojíti k *translatio possessionis* služebného pozemku. Ovšem, i tu by bylo nutno předem zjistiti, že následky *indefense* nastávají jen, když odepřel *rem defendere* legitimovaný žalovaný. Jestliže se při *defensio rei* nezkoumaly podmínky *passivní* legitimace (viz případ *qui liti se obtulit*), tedy patrně nebyly zkoumány ani při *indefensi*. Odsuzující rozsudek proti držícímu nevlastníkovi služebného pozemku by byl ostatně, jak spisovatel sám uznává, pro žalobce prakticky bezcenný, protože by skutečného vlastníka nezavazoval. To vše činí žalobu proti držícímu nevlastníkovi stejně *ilusorní*, jako žalobu proti tomu, *qui liti se obtulit*. Tomu nasvědčuje i spisovatelem přiznáváný původ negativních formulí z vindikačního procesu *legisakčního*.

Z těchto formulí rozvíjí pak spisovatel otázku *injurecesse* negativní služebnosti za účelem odřeknutí se služebnosti a ukazuje, jaký smysl měly formule typu „*ius sibi esse aedificatum habere*“, jimž v klasickém právu naprosto neodpovídala snad nějaká služebnost na vlastní věci, nýbrž, které měly za účel prosaditi vlastníkovu volnost stavby. Duchaplným rozbohem myslitelných procesních situací ukazuje spisovatel, kdy vlastník byl nucen žaloby takto formulované použiti.

2. Str. 111—137: případy, kde rušení vlastníka žalovaným vzniká sice na pozemku žalovaného, zasahuje však pozemek žalobcův. Jde o t. *immissione* v nejširším smyslu, ať opakující se, nepřetržité nebo trvalé situace (na př. *immissione* stavební).

Spisovatel obírá se nejprve *immissis* stavebními. Vylučuje z použitelnosti *actionis negativae* nejprve případy, jež se v klasické době vyří-

dily svépomocí, a formuluje přípustnost negativní žaloby pro případ, vniká-li do stavení nebo do prostoru vlastníkovy pevný předmět, který je součástí cizího sousedního pozemku, proti čemuž svépomoc byla přípustná jen ve stadiu vzniku takové immissie. Immissie jednou provedená byla spolu se stavením, jehož je součástí, v držbě vlastníka pozemku, na němž stavení se nalézá. Vlastníku sousedního pozemku pak nezbyvá jiná cesta obrany, než negativní žaloba. Žalující vlastník musí pak prokázat nejen své vlastnictví, ale i držbu odpůrcovu a nonexistenci případné služebnosti žalovaného, ke kterémužto závěru dochází autor ovšem bez přímého dokladu v pramenech.

Pokud jde o immissie v užším smyslu (vnikání vody, vlhkosti, páry, kouře, zápachu a pod.), připouštělo podle spisovatele klasické právo negativní žalobu vlastníkovy jen tehdy, vnikají-li immissie na jeho pozemek ze zvláštního zařízení sousedova, jež by mohla opodstatnit existence zvláštní služebnosti. Jinak mohl se immissis, pokud přesahují míru obvyklou, bránit nepřímo cautione damni infecti nebo v případě immissi zlomyslných actione iniuriarum a všeobecně prohibicí, v pramenech dosvědčenou, ale blíže nevyzrazenou. Autor předpokládá, že se tím rozumí soukromý zákaz, jehož nedbání zakládá možnost nastoupiti pro rušenou držbu.

3. Str. 137—149: záleželi-li výkon práva, žalovanému upíraného, v činnosti prováděné na pozemku vlastníkově (na př. chůze, hnaní dobytka, vodovod), byla pro klasické právo nejpřirozenější reakcí na takový výkon svémoc, jež ovšem mohla býti za daných podmínek paralysována interdiktem, chránícím výkon práva (o nepossessorni povaze této interdiktní ochrany jedná autor podrobně v pozn. 6 na str. 145). Nebyly-li podmínky interdiktu dány, musil ovšem ten, komu výkon práva byl zakázán, sáhnouti k vindicatio servitutis. K actio negativa došlo tu jen výjimečně v důsledku zvláštní procesní situace, vzniklé z toho, že vlastník nedefendoval svůj pozemek proti vindikaci služebnosti. Teprve v justiniánském právu stala se actio negatoria obecně příslušnou, když vlastník byl rušen výkonem služebnosti na svém pozemku.

V závěru této kapitoly pod heslem „Názvosloví a všeobecné zásady“ (str. 149—157) vyzvedá autor, že actiones in rem s negativní intencí, v této kapitole probírané, neměly funkci totožnou. Byly to jednak vindikace negativních služebností, jednak žaloby vlastníka bránícího se nastalému výkonu služebnosti nebo vstupujícího ve spor po provedené translatio possessionis. Tím se vysvětluje, že terminu actio negativa se užívá jen s hlediska stilisace formule. Termín actio negatoria vyskytuje se teprve v právu justiniánském a má význam funkční. Značí žalobu vlastníkovu proti rušení výkonem kterékoliv služebnosti, protějškem k jinému justiniánskému termínu, actio confessoria, při čemž ususfructus byl přiřazen pojmově k služebnostem jako služebnost osobní.

V kapitole čtvrté, nadepsané „Klasické actiones negativae a justiniánská actio negatoria“ (str. 158—169) ukazuje autor, že negativae actiones v klasickém právu mohly býti jednotně pojaty právě jen s hlediska negativní formulace své intence. Nestejná funkce jejich překážela jinaké konstrukci. Podmínky, za nichž se tvořil pojem actio negativa u klasiků, nepřešly ovšem nezměněny do doby pozdější. Jednak vlivem omezování a na konec vyloučení svémocné obrany, jednak tím, že výkon služebnosti byl pojímán jako držba práva a v tom pojetí byl pak chráněn jen provisorně, bylo umožněno, že negativně formulované žaloby, jimiž se vlastník bránil výkonu pozemkové služebnosti, staly se právním pro-

středkem obecnějším, přípustným i proti tomu, kdo se mohl dovolávat držby služebnosti, chráněné interdikty. To pak mělo vliv i na negativní žalobu, týkající se ususfructu: negatoria při ususfructu byla nyní připuštěna i proti samotnému ususfructuáři.

Actiones negativae staly se tak obecnými žalobami s vyhraněnou společnou funkcí jako žaloby chránící vlastníka proti výkonu služebnosti. Tuto novou funkci žaloby má vystihnouti název actio negatoria, ač ve skutečnosti pouze popisuje činnost žalobce, upírajícího odpůrci služebnost, aniž vystihoval funkci žaloby a její právní základ. Dogmatická konstrukce žaloby, objevující se u Theofila a zračící se i v kompilaci, jakoby žaloba namířená proti tomu, kdo si připisuje služebnost, uplatňovala svobodu vlastnického práva, není případná ani pro justiniánskou kompilaci, jež chrání vlastníka negatorní žalobou i tehdy, když nejde o výkon služebnosti.

Spis je ukončen obsáhlým ukazatelem pramenů (str. 173-6).

Svou prací dostal se autor na půdu, vytrvale ohledávanou novějšími výzkumy kritickými ve snaze rekonstruovati klasický režim, nezatížený dogmatikou a přece přesně logicky založený, vyznamenávající se však na rozdíl od moderního statického myšlení, zaměřeného především na normu, zcela odchylným způsobem pojmání, vycházejícího především z procesní situace, vytvářené na základě norem civilního práva nositelem jurisdikce v souhře se stranami procesními. Z juristických koncepcí a myšlének takto podmíněných zbývají před zrakem dnešního badatele jen fragmenty tvořící zákonodárné dílo Justiniánovo, prodchnuté již duchem scholasticko-normativním. První podmínkou zdaru při rekonstrukci klasického režimu je pak především umění vžítí se do tohoto klasického způsobu myšlení, jež lze označiti jako myšlení dynamické, neboť vychází z actio, tedy z činnosti stran a magistráta, v jichž rukou abstraktní norma se stává živou, minulost i budoucnost současně postihující úpravou konkrétní situace právní.

Autor ovládá toto umění, vžítí se do ducha a do myšlení klasických právníků, způsobem vynikajícím a jak ukazují jeho vyrovnané výsledky kritické, způsobem i ve světové literatuře ne vždy obvyklým. Je dalek jakékoliv vykladačské libovůle, jež právě na poli interpolačního badání vedla často k „hobě za interpolacemi“, spolehlivým východiskem mu vždy zůstává kriticky posuzovaný text a měřítkem právě ona myslitelná funkce hledaného rozhodnutí v celkové struktuře klasického způsobu právního myšlení. Autor nerozpakoval se výsledky svého badání předložití světové kritice a obstál při tom velmi dobře. Naše literatura může počítati nejnovější dílo Boháčkovo již proto ke své nemalé ozdobě, i když bychom nechali stranou speciální význam moderně pojatého romanistického badání vědeckého pro náš národní život. Mělo-li i na náš právní vývoj římské právo svůj určující vliv, jest zajisté nemálo významné, aby východisko vývoje právního bylo při zjišťování tohoto vlivu ohledáno a zajištěno nejmodernější kritickou metodou. *Otakar Sommer.*